Beamte als Aufsichtsräte

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Albert Heumann

aus Recklinghausen
Rechtsanwalt am Amtsgericht Gladbeck in Westfalen

Approbiert am 21. November 1928

Universitätsverlag von Robert Noske in Borna-Leipzig
1929

29:120

Referent: Universitätsprofessor Dr. Köhler

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533901_0122

Inhalt.

Seite

§ 1. Das Eindringen des Staates in die Privatwirtschaft 1
§ 2. Die Dienstgewalt 1
§ 3. Die Übernahme von Nebenämtern und Nebenbeschäftigungen . . 2
§ 4. Die Prüfung des Dienstbefehls 5
§ 5. Die Formalien des Dienstbefehls 6
§ 6. Das Nebenamt und die Nebenbeschäftigung 7
§ 7. Aufsichtsrat im Auftrag des Staates, öffentlicher oder Privatdienst 10
§ 8. Die Möglichkeit zur Versehung des Aufsichtsratspostens 12
§ 9. Dienstbefehle über die Art der Ausübung der Aufsichtsratstätigkeit 16
§ 10. Die Haftbarkeit des Beamten als Mitglied des Aufsichtsrats . . . 22
§ 11. Die Haftung gegenüber der Gesellschaft 24
§ 12. Die Haftung gegenüber Gläubigern und sonstigen Dritten . . . 28
§ 13. Schadloshaltung und Regreßansprüche des Beamten 32

§ 1.

Das Eindringen des Staates in die Privatwirtschaft.

Die kapitalistischen und sozialistischen Entwicklungstendenzen der Wirtschaft haben in gesteigertem Maße das Eindringen des Staates in privatwirtschaftliche Unternehmungen hervorgerufen. Teils verfolgt der Staat rein privatwirtschaftliche Zwecke, teils sind diese beeinflußt durch seine sonstigen Aufgaben. Das führt dazu, daß er sich der Formen der Privatwirtschaft und des Privatrechts bedient. In Frage kommen fast ausschließlich die Aktiengesellschaft und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

Der Staat begnügt sich naturgemäß nicht damit, sein Geld in die Gesellschaften zu stecken. Er will auch seinen Einfluß in gleicher Weise geltend machen wie etwa eine Großbank, die ein erhebliches Aktienpaket ihr eigen nennt und zur Wahrnehmung ihrer Interessen ihr genehme Personen in den Aufsichtsrat delegiert So ist auch die natürliche Folge der Beteiligung des Staates an einer privatkapitalistischen Gesellschaft, daß er sich im Aufsichtsrat der betreffenden Gesellschaft vertreten läßt.

Es kommt vor, daß er Privatleute mit dieser Aufgabe betraut.

Die sich an eine derartige Entsendung knüpfenden Fragen interessieren hier nicht. Hier soll der Fall behandelt werden, daß einem preußischen Beamten der dienstliche Befehl erteilt wird, einen Aufsichtsratsposten zu bekleiden. Es ist gleichgültig, ob es sich um einen Beamten des Reiches, eines Landes oder einer sonstigen öffentlichrechtlichen Körperschaft handelt; denn grundsätzlich dreht es sich um dieselben Fragen.

§ 2.

Die Dienstgewalt.

Durch das Beamtenverhältnis wird für den Staat eine Dienstgewalt begründet[1]). Sie ist die zur Durchsetzung der öffentlichen

[1]) Vgl. Laband Bd. I S. 460

Dienst- und Amtspflicht notwendige Staatsgewalt und hat zum Inhalt die auf den Willen des Beamten gerichtete Befehls- und Aufsichtstätigkeit. Ihr zufolge ist der Beamte zum Gehorsam verpflichtet, namentlich gegenüber der vorgesetzten Behörde. Zweck der Behördentätigkeit ist es, den Staatswillen zu betätigen; denn der Staat kann nur durch das Medium von Organen walten; denkt man die Organe hinweg, so ist auch die Vorstellung des Staates selbst verschwunden [2]). Die einzelnen Behörden sind zu einem gegliederten System verbunden. Die Geschäftsführung des Staates ist nicht zerrissen und zerstückelt, sondern unter die Behörden planvoll verteilt. Die Zerlegung der staatlichen Geschäftskreise, die den einzelnen Ämtern zugewiesen sind, muß Hand in Hand gehen mit einer Zentralisation der Geschäftsleitung. Demgemäß sind die unteren Beamten den Anweisungen der vorgesetzten Behörde unterworfen und zu ihrer Befolgung verpflichtet.

Dieser Gehorsamspflicht sind Grenzen gesetzt [3]). Sie ist beschränkt auf die Erfüllung amtlicher Geschäfte. Der Beamte dient dem Staat und tritt in den Staatsdienst ein, um ein staatliches Amt zu übernehmen. Welche Geschäfte diesem Amte zufallen, normiert der Staat. Der Umfang ist nicht ein für allemal festgelegt, sondern bestimmt sich nach dem wechselndem Geschäftsumfang des Amtes. Der Beamte ist daher nicht verpflichtet, Geschäfte auszuführen, die entweder aus tatsächlichen oder aus rechtlichen Gründen keine amtlichen sind oder sein können.

§ 3.

Die Übernahme von Nebenämtern und Nebenbeschäftigungen.

Es gibt im Staat Kompetenzkreise, deren Verwaltung Zeit und Arbeitskraft eines Beamten nicht auszufüllen vermag. Das staatliche Bedürfnis zur Besetzung derartiger Nebenämter kann in verschiedener Weise befriedigt werden. Entweder auf tatsächlichem Wege, wenn sich eine genügende Anzahl von Beamten

---

[2]) Jellinek, System S. 225.

[3]) Laband Bd. I S. 460.

findet, die ein solches Amt freiwillig auf sich nehmen, oder auf rechtlichem Wege, indem der Staat Rechtsvorschriften erläßt, die das Zustandekommen der im staatlichen Interesse zu erfordernden Ämterverbindung bewirken. Vogels[1]) stellt die Ansicht auf, daß der Beamte schon infolge der in seinem Beruf begründeten ungeteilten persönlichen Hingabe an den Staat verpflichtet sei, Nebenämter oder Nebengeschäfte im Dienste des Staates anzunehmen, die mit dem Geschäftskreis des Hauptamtes, wenn auch nur weitläufig, artverwandt und der Befähigung und Vorbildung des Beamten sowie der Würde des Hauptamtes angepaßt seien.

Jedenfalls hat seine Ansicht mit fast der gleichen Umgrenzung die gesetzliche Sanktion erhalten, zunächst im § 30 der preußischen Personalabbau-Verordnung vom 8. 11. 1924, der als § 12 in das Personalabbau-Abwicklungsgesetz vom 26. 3. 1926 übernommen wurde.

Danach ist jeder Beamte verpflichtet, jedes Nebenamt oder jede Nebenbeschäftigung im öffentlichen Dienste anzunehmen oder fortzuführen, sofern die auszuübende Tätigkeit seiner Vor- und Berufsbildung entspricht. Das Gesetz ist rechtswirksam[2]). Ihre ursprüngliche Stütze haben die beiden Abbaugesetze in der auf Grund des Ermächtigungsgesetzes vom 23. 10. 1923 ergangenen Reichspersonalabbau-Verordnung vom 27. 10. 1923, die in die wohlerworbenen Rechte der Beamten auf verfassungsmäßige Weise eingriff und auf Grund des Art. 10 Ziff. 3 RV. im § 18 den Ländern die Verpflichtung auferlegte, eine entsprechende Regelung vorzunehmen. Der staatliche Eingriff in die gemäß Art. 129 RV. wohlerworbenen Rechte findet in dieser Bestimmung seine reichsrechtliche Grundlage. Die preußische Abbauverordnung ist gleichfalls in rechtsgültiger Weise zustande gekommen. Sie beruht auf Art. 55 PrV. und ist dem Landtag zur Genehmigung vorgelegt worden. Damit ist sie einem ordnungsgemäß ergangenen Gesetz gleichgestellt. Das Abwicklungsgesetz vom 23. 3. 1926, das die

---

[1]) Vgl. ArchÖffR. Bd. 34 S. 395.

[2]) Recht 1925 S. 720.

vom Reiche den Ländern auferlegte Verpflichtung abänderte, findet seine gesetzliche Stütze in dem Art. 7 des Reichsgesetzes vom 4. 8. 1925 zur Einstellung des Personalabbaus und Änderung der PAV. Durch diese Bestimmung wurden die Länder ermächtigt, eine entsprechende Neuregelung zu treffen.

Nebenamt und Nebenbeschäftigung sind unter dem Oberbegriff Nebentätigkeit zu fassen.

Der Dienstbefehl ist eine den Adressaten verpflichtende Verfügung. Eine Mitwirkung des Adressaten ist in der Weise möglich, daß die Anordnung von der Zustimmung des Beteiligten abhängig ist. Die Wirksamkeit des Dienstbefehls, die Nebentätigkeit auszuüben, ist von solcher Zustimmungserklärung unabhängig. Gegenstand der Verpflichtung des Beamten ist daher nicht die Abgabe einer Willenserklärung des Inhalts, daß er die damit verbundenen Pflichten übernehme. Vielmehr ist Gegenstand der Verpflichtung unmittelbar die Versehung der Amtsfunktionen, die den Gegenstand der Nebentätigkeit bilden. Die Tätigkeit im öffentlichen Dienst auf Grund einer zustimmenden Willenserklärung des mit einem Amt Betrauten bildet kein Begriffsmerkmal des Amtes. Nicht jedes Amt wird nur auf Grund einer freien Willensentschließung des zukünftigen Amtsträgers zur Entstehung gebracht. Allerdings entsteht grundsätzlich das Beamtenverhältnis nur infolge der Zustimmung des mit dem Amt Betrauten. Dies ist aber nur die Folge des Grundsatzes, daß im allgemeinen niemandem ein Amt wider seinen Willen übertragen werden kann. Wo aber das Gesetz eine Zwangsdienstpflicht begründet und bestimmt, daß jemand sich ein Amt oder eine Tätigkeit im öffentlichen Dienst auferlegen lassen muß, da entstehen grundsätzlich sogleich durch einseitigen Willensakt des zuständigen Organs, daß der Verpflichtete die Tätigkeit versehen solle, in seiner Person die damit verbundenen Pflichten [3]).

---

[3]) O. Mayer Bd. II S. 168; Kormann S. 172.

§ 4.

Die Prüfung des Dienstbefehls.

Ob der Dienstbefehl die Übernahme der Tätigkeit vorschreibt und ob er sie rechtswirksam vorschreibt, unterliegt der Prüfung des Beamten.

Die Berechtigung zur Prüfung eines Dienstbefehls beruht darauf, daß die Gehorsamspflicht gegenüber der vorgesetzten Behörde keine absolute ist. Der Vorgesetzte kann nicht schlechthin befehlen, was er will. Er muß sich im Rahmen des Rechtmäßigen halten. Da es sich lediglich um die Wirkung gegenüber dem Dienstpflichtigen handelt, so ist nur die Rechtmäßigkeit ihm, dem Empfänger, gegenüber zu prüfen. Wie die Ausführung des Befehls nach außen wirkt, ist nur mittelbar, nämlich nur soweit von Bedeutung, als sie zurückwirkt auf den Ausführenden selbst:[1]) Wenn man sich klar darüber bleibt, daß es nach der Natur der Sache nur auf das Verhältnis des Untergebenen zum Vorgesetzten ankommt und nicht auf die Außenwirkung an sich, so deckt sich fast das Recht der Prüfung mit der Bestimmung des allgemeinen Landrechts, daß sich die Gehorsamspflicht nur auf amtliche Geschäfte bezieht, die mit der Verfassung und den Gesetzen nicht in Widerspruch stehen (ALR. II, 10 § 10).

Bei der Frage nach dem Umfang des Prüfungsrechts scheiden sich die Meinungen. Laband[2]) und unter Berufung auf ihn ohne eigene Begründung Wimpfheimer[3]) gestatten den Beamten grundsätzlich die formelle Prüfung eines jeden Dienstbefehls, da von der Einhaltung der formellen Erfordernisse die Gültigkeit abhänge. O. Mayer[3]), Anschütz[4]) und Bornhak[5]) leugnen grundsätzlich das Recht des Untergebenen zur Prüfung eines Dienstbefehls; denn dieser bezeuge, wenn er nicht absolut nichtig

---

[1]) O. Mayer Bd. 2 S. 188; Meyer-Anschütz S. 595.
[2]) Bd. 1 S. 460.
[3]) S. 308.
[4]) Bd. 2 S. 185.
[5]) S. 596.

sei, durch seinen Erlaß die Voraussetzungen seiner Rechtmäßigkeit. Sie stellen aber gewisse Grundsätze auf, nach denen der Beamte gewisse Punkte, und zwar nicht nur bloße Formalien prüfen und die Wirksamkeit des Befehls beseitigen könne. Sie gelangen so zu dem Ergebnis, dem Beamten zumindest ein formelles, in beschränktem Maße auch ein materielles Prüfungsrecht zuzubilligen. Praktisch gesteht damit die gesamte Lehrmeinung dem Beamten das Recht zu, das Laband formelles Prüfungsrecht nennt[6]).

§ 5.

Die Formalien des Dienstbefehls.

Diese Prüfung erstreckt sich zunächst darauf, ob die Stelle, die den Befehl erteilt hat, zuständig war, die Annahme eines Nebenamtes anzubefehlen. Dieses Recht beruht darauf, daß Behörden durch ihre Verwaltungsakte nicht imstande sind, ihre eigene Zuständigkeit zu erweitern und daß deshalb Anordnungen, die außerhalb ihrer Kompetenz liegen, rechtlich nicht als amtliche gelten können.[1])

Der Dienstbefehl muß in der vorschriftsmäßigen amtlichen Form erteilt werden. Befehle und Verfügungen, die nicht in der vorschriftsmäßigen Form erteilt sind, haben keine verbindliche Kraft. Jedoch sind im allgemeinen besondere Formen nicht vorgeschrieben. In zahlreichen Fällen genügt die mündliche oder die mit der Unterschrift des zur Vertretung der Behörde legitimierten Beamten versehene schriftliche Anordnung.

Die Prüfung des Untergebenen erstreckt sich schließlich darauf, ob der Posten eines Aufsichtsrats ein Nebenamt oder eine Nebentätigkeit bildet, zu deren Ausübung er verpflichtet ist. Dieser Rechtssatz ergibt sich daraus, daß der Vorgesetzte nicht imstande ist, Geschäfte anzubefehlen, die aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen keine amtlichen sind. Er kann die

---

[6]) Bd. 2 S. 50.

[1]) OVG. Bd. 52 S. 436, Bd. 51 S. 412.

[2]) OVG. Bd. 52 S. 436; Bd. 51 S. 413.

gesetzlich festgelegte Zuständigkeit des Untergebenen nicht erweitern und deshalb keine dienstlichen Befehle mit verbindlicher Kraft erteilen, die außerhalb des Bereiches dieser gesetzlichen Zuständigkeit fallen [2]).

Die Übernahme des Postens kommt also nur in Frage, wenn es sich dabei um ein Nebenamt oder eine Beschäftigung im öffentlichen Dienst handelt, die der Vor- und Berufsbildung des Beamten entspricht. Indem das Gesetz die Befugnis gibt, die öffentliche Dienstpflicht einseitig zwangsweise aufzuerlegen, bestimmt es zugleich die Grenzen, die eingehalten werden müssen, durch den Zweck und die Art der zu leistenden Dienste, sowie den Kreis der Menschen, denen die Pflicht auferlegt werden kann.

Beispielsweise soll der akademisch gebildete Beamte von geistig minderwertigen Arbeiten verschont bleiben. Dagegen ist die Bestimmung nicht dahin auszulegen, daß der Beamte einen Aufsichtsratsposten wegen angeblich mangelhafter wirtschaftlicher oder praktischer Durchbildung ablehnen kann. Nach dem Zweck des Abbaugesetzes soll die Beschränkung eine Grenze nach unten, nicht aber nach oben ziehen. Die Fassung ist reichlich unbestimmt. Juristisch bietet sie weiter keine Schwierigkeiten. Die tatsächliche Würdigung entscheidet.

§ 6.

Das Nebenamt und die Nebenbeschäftigung.

Das Staatsamt ist ein als sachliche Einrichtung erscheinender Begriff von mit öffentlicher Dienstpflicht zu besorgenden Geschäften des Staates [1]). Nebenamt ist jede Tätigkeit neben dem Hauptamt, die nicht schon nach Gliederung und Verfassung der betreffenden Behörde mit dem Hauptamt verbunden ist oder werden kann und sich als öffentliches Amt darstellt [2]).

---

[2]) OVG. Bd. 77 S. 253; Bd. 51 S. 419.

[1]) Stier-Somlo, HWR. S. 121; O. Mayer Bd. 2 S. 139; RGZ. Bd. 87 S. 228 u. 243.

[2]) Brand S. 442.

Das Amt unterliegt als Gegenstand des Behördenrechts den Rechtsregeln, die die Rechtsverhältnisse der öffentlichen Gemeinwesen und Beziehungen der Personen als Mitglieder dieser Gemeinschaften ordnen. Die Einrichtung von Ämtern ist die Ausstattung des Staates mit Organen, mittels deren er seine Tätigkeit entfalten kann[3]). Da jede juristische Person ein Gebilde des Rechts ist, so ist auch ihre Organisation durch die Rechtsordnung bestimmt und geregelt, und Bildung und Wirksamkeit ihrer Organe beruht auf Rechtssätzen. Es gibt keine juristische Person mit Organen, die nicht auf Rechtssätzen beruhen. Vor allem gilt das vom Staate, dessen Verfassung das wichtigste Stück seiner eigenen Rechtsordnung ist. Es gibt daher auch keinen Staat, dessen Verfassungs- und Verwaltungsrecht nicht darüber Regeln enthielte und dessen Gesetzgebung nicht Bestimmungen über die Organisation der Ämter träfe.

Daher bedarf jedes Amt für den ihm obliegenden Geschäftskreis einer gesetzlichen Bestimmung zur Grundlage.

Das Gesetz kann diese Grundlage in zweifacher Weise darbieten. Entweder unmittelbar, sodaß es die Errichtung eines bestimmten Amtes von festnormierter Organisation und Wirksamkeit anordnet, oder mittelbar, indem es der Exekutivgewalt Aufgaben zuweist, zu deren Durchführung die Errichtung von Ämtern notwendig ist.

Ein Rechtssatz, der die Tätigkeit eines Aufsichtsrats z. B. einer Aktiengesellschaft als Amtsgeschäfte begründet, besteht nicht. Ebensowenig kann die Exekutivgewalt durch Organisationsnormen eine solche Tätigkeit zu einer amtlichen stempeln. Zwar haben, ungeachtet des nach Art. 51 PrV. dem Gesamtministerium zustehenden Rechts auf Erlaß von Ausführungsverordnungen auch die einzelnen Ministerien ohne besondere Ermächtigung das Recht, durch einfache Verwaltungsverordnungen neue Ämter innerhalb ihres Ressorts zu errichten.

Dieses Recht ist zunächst durch Art. 40 Abs. 4 PrV. beschränkt, nach dem vor dem Erlaß allgemeiner Organisations-

[3]) Laband Bd. 2 S. 183.

verordnungen der Staatsrat oder sein zuständiger Ausschuß zu hören ist, gleichgültig, ob es sich um Verordnungen des Gesamtministeriums oder der einzelnen Fachminister handelt.

Die Befugnis des Ministers ist außerdem materiell beschränkt. So dürfen die Verwaltungsverordnungen nicht zugleich Rechtsnormen enthalten, die den Kreis der der Regierung zustehenden obrigkeitlichen Befugnisse erweitern. Die Entsendung von Aufsichtsräten ist aber kein der Regierung zugewiesener Kreis von Staatsgeschäften. Derartige gemischte Verordnungen unterliegen den Regeln der Rechtsverordnungen. Zu ihrer Schaffung ist grundsätzlich nur die gesetzgebende Gewalt befugt, die allerdings ihr Recht auf andere Stellen übertragen darf. Die Ermächtigung kann genereller oder spezieller Natur, sie muß aber vorhanden sein.

Da die Aufsichtsratstätigkeit und die Schaffung der zur Ausübung dieser Tätigkeit notwendigen Organisation durch keine gesetzliche Ermächtigung der Regierung zugewiesen ist, kann ein derartiges Amt durch eine Verwaltungsverordnung auch auf diesem Wege nicht geschaffen werden. Bei der Tätigkeit kann es sich daher nur um eine Nebenbeschäftigung handeln. Nebenbeschäftigung ist jede, auch unentgeltliche und vorübergehende Tätigkeit im Dienste einer öffentlichen Körperschaft oder von Privatpersonen oder Gesellschaften[4]). Diese auszuüben ist der Beamte aber nur verpflichtet, wenn es sich um eine Tätigkeit im öffentlichen Dienste handelt. Von der Entscheidung dieses Punktes hängt die Beantwortung der weiter zu behandelnden Fragen ab, ob der Beamte dem Befehl zur Übernahme Folge leisten muß und welcher Art seine Rückgriffsrechte gegenüber dem Staat sind, wenn er sich dadurch schadensersatzpflichtig macht. Ist eine Beschäftigung im öffentlichen Dienst gegeben, zu der der Beamte verpflichtet ist, so richtet sich die Entscheidung dieser Punkte nach öffentlichem Recht, andernfalls nach Privatrecht.

---

[4]) Brand S. 444.

§ 7.

Aufsichtsrat im Auftrag des Staates, öffentlicher oder Privatdienst.

Eine Bestimmung, was als öffentlicher Dienst gilt, findet sich im § 27 Nr. 2 des Zivilruhegehaltsgesetzes vom 27. 11. 1872/27. 5. 1907 in der Fassung vom 12. 11. 1923. Die Begriffsbestimmung gilt jedoch nur für das genannte Gesetz. Die Entscheidung muß sich daher aus den sonst maßgeblichen rechtlichen Gesichtspunkten ergeben.

Die aus der Stellung des Staates als Aktienbesitzer und der Delegierung eines Beamten in den Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft sich ergebenden Rechtsverhältnisse lassen sich in drei Gruppen teilen; erstens in die, die sich aus der Stellung des Staates als Aktionär zur Gesellschaft ergeben, ferner in die, die auf der Stellung des Aufsichtsratsmitgliedes zur Gesellschaft beruhen, endlich in die, die aus dem Verhältnis des Staates zu dem beauftragten Beamten herrühren.

Als Inhaber eines Aktienpaketes tritt der Staat als Eigentümer von Finanzvermögen, als Wirtschaftssubjekt in die Erscheinung. Als Vermögensträger ist der Staat Fiskus. Als Fiskus ist er Subjekt des Privatrechts und wird nach den für dieses geltenden Normen beurteilt.

Die Delegation in den Aufsichtsrat kommt durch Wahl in der Generalversammlung und durch ihre Annahme seitens des Erwählten zustande. Dadurch wird zwischen der Gesellschaft und dem Mitglied des Aufsichtsrats ein Vertrag abgeschlossen, entweder ein Auftrag bei unentgeltlicher oder ein Dienstvertrag bei entgeltlicher Tätigkeit. Der Aufsichtsrat wird damit im Dienst der Aktiengesellschaft, also im privaten Dienst tätig.

Andererseits können die Beziehungen des Aufsichtsrats zu der ihn entsendenden Gruppe mit der Wahl beendet sein. Es kann aber auch ein Auftragsverhältnis vorliegen, den Posten im Auftrag und im Interesse der Gruppe auszuüben[1]).

---

[1]) RG. in JW. 1924 S. 171; RGZ. Bd. 105 S. 395.

Um den Begriff des öffentlichen Dienstes klar herauszuarbeiten, sei davon ausgegangen, daß der Fiskus eine beliebige Person delegiert, mit der er ein derartiges Auftragsverhältnis vereinbart. Der Delegierte übt dann auf Grund eines Privatvertrages eine privatrechtliche Tätigkeit im Dienste des Staates aus, also im öffentlichen Dienst. Es macht vor allem keinen Unterschied, ob jemand zur Mitwirkung bei solchen Aufgaben berufen ist, die dem öffentlichen Verband als solchem obliegen oder um derentwillen der Verband geschaffen worden ist; der öffentliche Verband kann sich, soweit nicht ausdrückliche Bestimmungen des öffentlichen Rechts ihn binden, selbst auf diesen Gebieten die erforderlichen Dienste auch im Wege des privatrechtlichen Vertrages verschaffen, wie er umgekehrt auch zur Erfüllung anderer Aufgaben, die ihm nicht eigentümlich sind, also vor allem auf dem Gebiet der Vermögensverwaltung und des Erwerbslebens sich eines Beamten bedienen kann [2]).

Handelt es sich danach aber um öffentlichen Dienst, so muß ihn der Beamte auf Grund des § 12 PAAG. ausüben.

Verfehlt wäre es also, nur die eine Seite des, wie es genannt sein soll, dreieckigen Rechtsverhältnisses zu sehen und die andere Seite nicht zu beachten. Vielmehr liegt der Fall so, daß der Dienstbefehl die Anweisung enthält, zugleich Geschäfte im öffentlichen Dienst — Staat, Beamter — und im Privatdienst — Aufsichtsrat, Gesellschaft — anzunehmen. Die Geschäfte des öffentlichen Dienstes sind untrennbar mit dem Privatdienst verbunden, da sie ohne diesen nicht zur Entstehung gelangen können. Wenn das Bild gestattet ist, könnte man vergleichsweise von Schau- und Kehrseite einer Münze sprechen. Der Beamte ist aber nur zur Nebenbeschäftigung im öffentlichen Dienste, nicht auch im Privatdienste verpflichtet. Denn es gibt keine Gehorsamspflicht für Befehle, die über die organschaftliche

---

[2]) JW. 1914 S. 638; OVG. Bd. 71 S. 438, Bd. 20 S. 128; Laband I S. 407; O. Mayer Bd. 2 S. 140.

Sphäre hinaus in die gliedschaftliche übergreifen, die den Inhalt des individuellen Willens des Untergebenen bestimmen wollen [3]). Als Gliedperson, selbstverständlich nicht als Organperson, steht der Beamte dem Staate vollkommen unabhängig gegenüber. Da der Beamte nur im öffentlichen Dienst tätig werden muß, nicht auch im Privatdienst, ersterer ohne letzteren aber nicht möglich ist, bleibt nur die logische Folgerung zu ziehen, daß er dem Dienstbefehl keine Folge zu leisten braucht.

§ 8.

Die Möglichkeit zur Versehung des Aufsichtsratspostens.

Ob er ihm Folge leisten kann, läßt sich erst durch die Vorfrage klären, ob er ihm Folge leisten darf. Ein unmittelbarer Staatsbeamter ist nämlich nur unter gewissen Voraussetzungen berechtigt, einen Aufsichtsratsposten anzunehmen.

Der Staat hat durch Gesetze den Beamten die Dienstpflicht auferlegt, gewisse Nebenbeschäftigungen überhaupt nicht, gewisse nur nach Genehmigung zu übernehmen und die Zuwiderhandlung gegen diese Vorschriften zum Tatbestand eines Disziplinarvergehens gemacht.

Es ist ein Unterschied zu machen, ob der Aufsichtsratsposten mittelbar oder unmittelbar mit einer baren Vergütung oder mit einem anderen Vermögensvorteil verbunden ist oder ob er unentgeltlich übernommen wird. In § 1 Abs. 2 des Pr. Ges. von 1874 ist bestimmt, daß eine Mitgliedschaft im Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft bzw. G. m. b. H. ganz verboten ist, wenn sie mit einer Vergütung verbunden ist.

Dieses Gesetz ist noch in Kraft. Die Verfassung des Freistaates Preußen vom 30. 11. 1920 hat seiner Gültigkeit keinen Abbruch getan. Nach Art. 81 Abs. 2 PrV. sind die bisherigen Gesetze und Verordnungen in Kraft geblieben, soweit ihnen nicht die Verfassung entgegensteht. Gerade auf dem Gebiete des Beamtenrechts, auch soweit es andern verfassungsgeschichtlichen

[3]) Laband I S. 460.

Epochen entstammt, ist das frühere Recht noch in Geltung, da es Sinn und Wortlaut der Verfassung nicht widerstreitet. Ob das Gesetz von 1874 durch den § 12 PAAG. aufgehoben ist, insoweit dieser die Verpflichtung ausspricht, jede Nebenbeschäftigung im öffentlichen Dienst zu übernehmen, ist nur aus dem Zweck der Gesetze zu entnehmen.

In erster Linie soll durch das allgemeine Verbot der Nebenbeschäftigung die Durchführung des Grundsatzes gewährleistet werden, daß der Beamte seine ganze Kraft und Zeit dem Staatsdienste zu widmen hat. Als weitere Veranlassung kommt in Betracht, einer Schädigung des amtlichen Ansehens vorzubeugen. Der dritte Zweck ist die Verhütung der Gefahr, daß der Beamte seine amtlichen Funktionen in einem Interesse ausübt, welches dem Amtszweck fremd ist oder ihm gar zuwiderläuft; namentlich können Dienstpflicht und eigener Vorteil bei entgeltlicher Ausübung der Nebenbeschäftigung in Widerspruch geraten.

Die PAV. und das PAAG. wollten in erster Linie die ungeheuere Aufblähung des Beamtenkörpers auf ein gesundes Maß zurückschrauben. Außerdem ist aber gerade die Bestimmung des § 30 bzw. des § 12 nicht hauptsächlich diesem Zweck gewidmet, sondern der Absicht, den darin festgelegten beamtenrechtlichen Grundsatz in Form eines Gesetzes zu kleiden und ihn so für die Zukunft gegen Widerspruch zu feien. Das besondere absolute Verbot des § 1 Abs. 2 Ges. von 1874 beruht auf dem möglichen Konflikt mit seiner Dienstpflicht, in den eine bezahlte Aufsichtsratsstellung einen Beamten bringen könne. Die anderen angeführten Gründe gelten für jede Nebenbeschäftigung, zu deren Ausübung die Genehmigung erforderlich ist.

Das Verbot ist nur auf eine solche Tätigkeit als Aufsichtsrat gemünzt, die der Beamte als Privatmann im eigenen Interesse ausübt, nicht weil, sondern im Gegenteil, obwohl er Beamter ist. Ein Aufsichtsratsposten als Beamter im staatlichen Dienst war zur Zeit des Erlasses des Gesetzes von 1874 ein unbekannter Begriff. Derartige Fälle hat der Gesetzgeber nicht im Auge gehabt und infolgedessen mit dem Verbot nicht treffen wollen.

Hätte er derartige Fälle vorausgesehen, so hätte er dafür eine ausdrückliche andere Regelung getroffen. Nachdem diese Tätigkeit als Beschäftigung eines Beamten im öffentlichen Dienst gemäß § 12 PAAG. anzusehen ist, kann insoweit § 1 Abs. 2 des Ges. von 1874 keine Anwendung mehr finden. Wohl können die Interessen des Beamten als Privatmann mit denen des Staats kollidieren, nicht aber sind staatliche Interessen, die der Beamte vertritt, in sich selbst kollisionsfähig.

Daß die öffentlich-rechtlichen Gesetze der Auslegung fähig sind, ist eine Selbstverständlichkeit, die keiner besonderen Betonung bedarf. Nicht der Wortlaut, der Sinn und Zweck des Gesetzes entscheidet. Den Ausführungen von Stelling in DJZ. 1925 S. 500 kann daher nicht beigepflichtet werden. Stelling setzt sich nicht grundsätzlich mit der angeschnittenen Frage auseinander. Aber die Überschrift seines Artikels, „Unmittelbare Staatsbeamte als Aufsichtsräte von Aktiengesellschaften" und der Passus, auch ein Verzicht des Beamten auf eine Vergütung auf eine Weisung des Ressortministers hin sei unwirksam, sind doch nur von dem Ausgangspunkt zu verstehen, daß er von einer Aufsichtsratsstellung im Dienste des Staates ausgeht, Unterschiede gegenüber einer Aufsichtsratsstellung als Privatmann aber nicht macht.

Wimpfheimer, der mit den Worten[1]) „Läßt sich ein Verzicht auf die Vergütung als Aufsichtsrat der Gesellschaft nicht durchführen, wie Stelling meint" eine Auseinandersetzung vermissen läßt, ist der Ansicht, daß die Vergütung dem Staate als Dienstherrn auszufolgen sei. Diese Verpflichtung beruhe, wenn nicht schon unmittelbar auf den allgemeinen Regeln des Beamtenrechts, so auf analoger Anwendung des zivilrechtlichen Auftragsverhältnisses.

Diese Lösung erscheint verfehlt und selbst als Ausweg nicht gangbar. Der Beamte erhält die Vergütung aus dem privatrechtlichen Verhältnis zur Gesellschaft. Der Aufsichtsratsposten ist

[1]) S. 310.

also mit einer Vergütung verbunden. Ihre Weiterleitung an den Staat ist davon scharf zu trennen. Aber auch eine Pflicht des Beamten, die Vergütung an den Staat abzuführen, kann aus dem Beamtenverhältnis nicht hergeleitet werden, da die Vergütung für die privatrechtliche Tätigkeit gewährt ist, nicht eine Nebenerscheinung aus dem Beamtenverhältnis bildet. Ebensowenig lassen sich die Vorschriften des zivilrechtlichen Auftrages analog in das öffentliche Recht übertragen. Ohne hierauf näher einzugehen, sei auf die späteren Ausführungen über die analoge Anwendung von Zivilrechtsnormen im öffentlichen Recht verwiesen.

Vielmehr erscheint es angebracht, nicht mit mangelhaften Zwischenlösungen auf halbem Wege stehen zu bleiben, sondern durch Auslegung des Gesetzes selbst zu helfen, wenn man nicht gar dem § 30 PAAV. gegenüber dem § 1 des Ges. von 1874 den Rang einer lex posterior zubilligen will, was angesichts der allgemeinen Fassung allerdings zweifelhaft erscheinen muß.

Geht man von dem dargelegten Standpunkt aus, so erfordert die Übernahme der mit einer Vergütung verbundenen Aufsichtsratsstellung lediglich eine Genehmigung auf Grund des § 1 Abs. 1 Ges. von 1874 und der Kabinettsorder vom 13. 7. 1839, ebenso wie gemäß Ges. von 1874 eine Genehmigung erforderlich ist zur Annahme eines unentgeltlich versehenen Aufsichtsratspostens.

Die Genehmigungspflicht enthält aber, soweit es sich um öffentlichen Dienst handelt und daher eine gesetzliche Verpflichtung zur Übernahme der Nebenbeschäftigung besteht. Im übrigen ist in dem Dienstbefehl zugleich die Genehmigung zur Annahme des Privatdienstes zu erblicken. Denn die Genehmigung ist die Willenserklärung, daß die Nebenbeschäftigung nicht zu den amtlichen Pflichten des Beamten in Widerspruch stehen soll. Dem Beamten ist also gestattet, als Aufsichtsrat tätig zu werden, obgleich er nicht dazu verpflichtet ist. In der Folge ist davon auszugehen, daß er als Aufsichtsrat tätig ist.

§ 9.

Dienstbefehle über die Art der Ausübung der Aufsichtsratstätigkeit.

Dienstbefehle des Staates über die Art, wie er seine Tätigkeit auszuüben hat, treffen den Adressaten in seiner Eigenschaft als Beamter. Er hat grundsätzlich den Weisungen seiner Vorgesetzten zu gehorchen. Seine Aufgabe ist nun, die Interessen des Staates in Einklang zu bringen mit denen der Gesellschaft, deren Vorteil er gleichfalls wahrzunehmen hat. Es kann von den Fällen abgesehen werden, in denen der Staat Alleininhaber sämtlicher Gesellschaftsanteile ist. Theoretisch mögen die gleichen Fragen auftauchen, wie in dem Fall, daß der Staat nur Mitgesellschafter ist. Jedoch haben die Probleme dann keine praktische Bedeutung, wenn der Staat Alleineigentümer ist und sowohl das geschäftsführende wie das Aufsichtsorgan bestellt. Zur Erörterung stehen daher nur die gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, in denen neben dem Staat das Privatkapital beteiligt ist. Wenn bei dieser Lagerung die Interessen des Staates und der Gesellschaft konform gehen, kann der Beamte bedenkenlos die Weisungen seiner vorgesetzten Behörde ausführen. Anders liegt der Fall, wenn er Weisungen erhält, die seiner Ansicht nach möglicherweise zu Schädigungen der Gesellschaft führen können. Für den Aufsichtsrat einer G.m.b.H. gelten gemäß § 52 G.m.b.H.-Gesetz die gleichen Vorschriften wie für die Aktiengesellschaft, so daß die Erörterung sich auf diese beschränken kann.

Wenn es sich darum handelt, ob der Beamte derartige Weisungen befolgen muß, so hängt die Entscheidung darüber davon ab, ob ihm ein materiellrechtliches Prüfungsrecht zuzubilligen ist, also ein Prüfungsrecht, das den Inhalt der Befehle ergreift.

Wimpfheimer[1]) lehnt ohne nähere Prüfung dieses Recht ab unter Berufung auf die Ansicht Labands. Er meint, eine

[1]) S. 308.

Nachprüfung über das rein Formale, z. B. über die Zuständigkeit des Anweisenden hinaus dürfte dem Beamten kaum zuzumuten oder zu empfehlen sein. Durch diese Fassung wird zur Klärung der Frage nichts gewonnen. Gewiß werden, wie Wimpfheimer ohne weiteres zuzugeben ist, Vorstellungen häufig aus naheliegenden Gründen auf innere und äußere Hemmungen stoßen. Aber nicht darauf kommt es juristisch an, sondern ob der Beamte bei Bedenken über die schädigende Auswirkung der Befehle die Ausführung verweigern darf.

Das materielle Prüfungsrecht wird in der Theorie mehrfach angegriffen unter Berufung auf den bekannten Satz Labands[2]), daß „bei einem materiell-rechtlichen Prüfungsrecht nicht das Reichsgericht, sondern der Gerichtsvollzieher, nicht das Finanzministerium oder die Oberzolldirektion, sondern der Zolleinnehmer in Wahrheit die letzte Instanz sei." Diese Ansicht verkennt, daß mit der Prüfung durch den Exekutivbeamten noch nicht das letzte Wort gesprochen ist. Denn über dem Beamten erhebt sich der Instanzenzug der Disziplinarbehörden, die die Berechtigung einer Gehorsamsverweigerung überwachen, so daß, um das Bild Labands zu gebrauchen, nicht der Gerichtsvollzieher und der Zolleinnehmer, sondern das Oberverwaltungsgericht und der Reichsdisziplinarhof in Wahrheit die letzte Instanz sind, wogegen kaum etwas einzuwenden sein dürfte.

Die tatsächliche Lage ist doch nicht anders, als wenn ein Beamter grundlos den Dienst verweigert. Auch in diesem Falle kann nicht die Rede davon sein, daß die vorgesetzte Instanz die Durchführung unmittelbar und ohne Mitwirkung der niederen Instanz übernehmen müsse, wie Laband meint. Ob die Dienstverweigerung berechtigt ist, kann sich erst im Disziplinarwege ergeben. Wenn der Beamte den Inhalt des Befehls prüft, tut er es auf sein Risiko.

Ein Prüfungsrecht gestattet die Remonstrationstheorie, aber nicht mit dem Recht, dem trotzdem aufrecht erhaltenen Befehl den Gehorsam zu verweigern.

---

[2]) Bd. 1 S. 462.

Die Theorie wurde zunächst von Seuffert aufgestellt. In Zweifelsfällen müsse der Beamte „in geziemender Art und mit triftigen Gründen“ seine Bedenken vorbringen [3]). Ausgestaltet wurde die Theorie von Gönner. Nach dessen Ansicht habe der Beamte Befehle in Amtssachen ohne Rücksicht auf seine Privatüberzeugung zu befolgen. Jedoch liege ihm die erhöhte Untertanenpflicht ob, den Staat vor Schaden zu bewahren, der aus der Durchführung ungerechter und unzweckmäßiger Befehle entstehen könne. Daher sei er verpflichtet, seine Bedenken mit „geschuldeter Bescheidenheit“ vorzutragen. Bei Zurückweisung der Remonstration müsse er sich damit bescheiden. Bluntschli führt aus, der Inhalt des Dienstbefehls berechtige nicht zur Gehorsamsverweigerung, sondern nur zu Vorstellungen, „zu besonderer und freimütiger Aufklärung etwa übersehener schädlicher Folgen der Gesetzesverletzung“. Der Widersinn dieser Theorie ist von Laband [4]) erwiesen. Sie bietet keine Lösung, sondern eine Umgehung der Frage. Ein rechtswidriger Befehl kann nicht dadurch Wirksamkeit erlangen, daß er zweimal erteilt wird. Ein Beamter, dem die Befolgung des Befehls untersagt ist, kann nicht dadurch, daß er dies der Oberbehörde gegenüber ausgesprochen hat, nun zur Ausführung des Befehls befugt werden. Ein gewissenhafter Beamter würde dadurch schlechter gestellt als der nachlässige, der durch eine zum Schein vorgebrachte Remonstration sich decken und so die Prüfung umgehen könnte. Die Oberbehörde könnte dem Befehl auch gleich eine Klausel beifügen, welche der Unterbehörde andeutete, daß Remonstrationen fruchtlos seien. Übrigens würde es keine Behörde für angemessen halten, mit den Untergebenen sich in einen fortwährenden Meinungsaustausch darüber einzulassen, ob und aus welchen Gründen ihre Entscheidungen dem Recht und den Gesetzen gemäß seien. Nicht dadurch wird die Frage des Prüfungsrechts beantwortet, daß man dem Beamten eine Zwischenverhandlung

---

[3]) Zitate aus Liste S. 18ff.

[4]) Bd. 1 S. 461 Note 1.

mit dem Vorgesetzten auferlegt, also gewissermaßen statt eines prompten einen schleppenden Gehorsam von ihm verlangt, sondern dadurch, daß man fest bestimmt, wie weit das Prüfungsrecht geht. Zorn[5]) billigt den Beamten dadurch ein Prüfungsrecht zu, daß er es nicht ausschließt, wenngleich er seine Ansicht nicht begründet. Er führt aus, die angegebenen, von Laband aufgestellten Grundsätze seien zwar wertvolle Richtpunkte, böten aber keineswegs eine für jeden Fall sichere Lösung. Man müsse überhaupt darauf verzichten, eine solche zu gewinnen. Der Beamte habe nach bestem Wissen und Gewissen seine Gehorsamspflicht zu erwägen. Die Schwierigkeiten ließen sich nicht durch das Gesetz beseitigen, es bliebe vielmehr dem guten Willen des Beamtenstandes überlassen, im einzelnen Falle das Richtige zu finden.

Bornhak[6]), O. Mayer[7]), Hatschek[8]), Heilborn[9]) und Meyer-Anschütz[10]) billigen dem Beamten ein beschränktes materielles Prüfungsrecht zu. Dieser Ansicht ist auf Grund der folgenden Erwägungen beizutreten.

Das Gemeinwesen wirkt durch seine Diener nach außen. Das darf nicht daran irremachen, daß lediglich das Rechtsverhältnis zwischen Gemeinwesen und Diener, das Dienstpflichtverhältnis, alleiniger Ausgangspunkt der Erörterungen sein kann[11]). Der Dienst des Beamten bezweckt das Wohl des Staates. Der Vorgesetzte ist lediglich Instrument der Amtsgewalt. Wenn er in Ausübung der tatsächlichen Gewalt befiehlt, betätigt er kein Recht, sondern erfüllt er eine Pflicht. Die Dienstgewalt fordert aber nicht, daß der Beamte tätig wird für Zwecke, die der Staat nicht als die seinigen anerkennt, für Geschäfte, die in der Ge-

---

[5]) Bd. 1 S. 315.
[6]) Bd. 2 S. 50.
[7]) Bd. 2 S. 327.
[8]) S. 294.
[9]) S. 137.
[10]) S. 596.
[11]) O. Mayer Bd. 2 S. 184 Anm. 7 u. 188 Anm. 18.

setzgebung des Staates keine Rechtfertigung finden und für Dienste, die außer Zusammenhang mit der Förderung des öffentlichen Wohls stehen. Noch viel weniger verlangt die Amtsgewalt, daß der Beamte Handlungen ausführt, die der Staat unter Strafe stellt und ausschließt. Der Beamte steht nicht im Dienste des Vorgesetzten, sondern des Staates. Alles organschaftliche Handeln ist Ausfluß eines einheitlichen staatlichen Willens. Es ist daher nicht möglich, daß der Vorgesetzte unter Mißbrauch der Amtsgewalt, mit der er ausgestattet ist, eine derartige vom Willen des Staates untersagte Tätigkeit anbefiehlt. Die Gehorsamspflicht ihm gegenüber muß der Pflicht, den Gesetzen des Staates gehorsam zu sein, weichen [12]).

Für ein materielles Prüfungsrecht spricht auch der Wortlaut des § 13 RBG., der bestimmt, daß jeder Beamte für die Gesetzmäßigkeit seiner Handlungen verantwortlich ist, die Bestimmung in ALR. II, 10 § 10, daß die Gehorsamspflicht sich nur auf amtliche Geschäfte bezieht, die mit der Verfassung und den Gesetzen nicht in Widerspruch stehen und die §§ 45, 46 I, 6 ALR., die besagen: „Der Vorwand, daß er zu pflichtwidrigen Handlungen von seinen Obern verleitet worden ist, soll den Unterbedienten von der Strafe nicht befreien. Auch soll der Beamte für die Vollziehung der Befehle haften, wenn die befohlene Handlung ausdrücklich in den Gesetzen verboten ist.“ Namentlich spricht für das Prüfungsrecht auch die Erwägung, daß, wenn sogar ein Soldat, der doch zu dem weitgehendsten dienstlichen Gehorsam verpflichtet ist, gemäß § 47 Ziff. 2 MStGB. in gewisser Beziehung zu prüfen berechtigt ist, ob ein Befehl dem Strafgesetz zuwiderläuft [13]), der Beamte erst recht eine derartige Prüfung vornehmen darf. Auf diesem Standpunkt steht auch die Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts [14]).

Wenn der in den Aufsichtsrat delegierte Beamte nun der Ansicht ist, daß die dienstlichen Weisungen zu einer wirtschaftlichen

---

[12]) O. Mayer Bd. 2 S. 190.

[13]) RMG. Bd. 8 S. 140.

[14]) Bd. 52 S. 436, Bd. 23 S. 418, Bd. 12 S. 423; PrVerwBl. Bd. 25 S. 183.

Schädigung der Gesellschaften führen könnten, so würde er, wenn er ihnen Folge leistete, gegen ein Strafgesetz verstoßen.

Nach § 312 HBG. werden Mitglieder des Aufsichtsrats, die absichtlich zum Nachteil der Gesellschaft handeln, bestraft. Absichtlich handelt, wer den vom Gesetz vorausgesetzten Erfolg als Endzweck seiner Handlung will. Häufig wird jedoch das Wort „Absicht" nur im Sinne von „vorsätzlich" gebraucht und dies ist auch im § 312 HGB. der Fall, der dem § 266 StGB. nachgebildet ist[15]). Nicht erforderlich ist daher der auf die Schädigung gerichtete Wille, der Erfolgswille, sondern das Bewußtsein, daß die Handlung die Schädigung der Gesellschaft herbeiführen müsse, der Tatwille. Daher genügt auch der Eventualvorsatz, wenn das Aufsichtsratsmitglied mit der Möglichkeit der Schädigung rechnet und trotzdem die Handlungen ausführt[16]). Staub[17]) widerspricht der Anwendung des Eventualdolus, weil im geschäftlichen Leben auch immer mit dem Bewußtsein eines unglücklichen Ausgangs des Unternehmens gerechnet werden müsse. Damit verkennt Staub die Tragweite des Eventualdolus.

Denn nicht jede Schädigung im geschäftlichen Leben verwirklicht zugleich den Tatbestand eines Delikts. Wo aber die Schädigung einen strafbaren Tatbestand erfüllt, ist, sobald Vorsatz zum Verschulden genügt, auch Eventualdolus ausreichend.

Durch jede Handlung, von der der Beamte annimmt, daß sie der Gesellschaft zum Schaden gereichen kann, sie aber auch für diesen Fall will und ausführt, macht er sich strafbar[18]).

Derartige Handlungen braucht der Beamte nach den oben gemachten Ausführungen daher nicht vorzunehmen[19]).

---

[15]) Frank, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich § 266 Anm. 5; Olshausen § 266 Anm. 12; Stenglein, Komm. zu § 312 HGB.

[16]) RG. Bd. 26 S. 136.

[17]) § 312 Anm. 8.

[18]) Stenglein, Frank und Olshausen a. a. O.

[19]) Vgl. auch Kormann S. 206 Anm. 17.

Über die Rechtsnatur dieser Dienstbefehle wird bei der Frage des Rückgriffsrechts des Beamten gegen den Staat, falls er sich durch Ausführung der Befehle schadensersatzpflichtig macht, eingehend gesprochen werden.

§ 10.

Die Haftbarkeit des Beamten als Mitglied des Aufsichtsrats.

Der Typus der gemischt-wirtschaftlichen oder gemischt-privaten und öffentlichen Unternehmung unterliegt keinen besonderen Rechtsregeln.

Kommt der Beamte einer die Gesellschaft schädigenden dienstlichen Weisung nach und entsteht ein Schaden, so haftet er der Gesellschaft und Dritten nicht als Beamter. Den Gedanken kann man nur fassen, um ihn sofort wieder zu verwerfen. Als Beamter steht er zur Gesellschaft oder zu Dritten in keinerlei vertraglichem oder vertragsähnlichem Rechtsverhältnis. Ebensowenig kommt eine Haftung aus § 839 BGB. in Frage, da er als Aufsichtsrat gegenüber der Gesellschaft und sonstigen Personen nicht in Ausübung einer Amtspflicht handelt[1]).

Durch die Wahl und deren Annahme wird zwischen der Gesellschaft und dem gewählten Aufsichtsratsmitglied ein Vertragsverhältnis begründet[2]).

Um zur Entscheidung zu gelangen, wie ein Aufsichtsratsmitglied sich haftbar machen kann, ist zunächst in Kürze die Stellung und Aufgabe des Aufsichtsrats in der AG. zu skizzieren.

Der Aufsichtsrat ist Organ der Gesellschaft und muß gemäß § 249 HGB. mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes die Geschäfte der Gesellschaft führen und ihr Interesse wahrnehmen. Solange für ein delegiertes Aufsichtsratsmitglied die Interessen seines Auftraggebers, um den Staat so zu bezeichnen, mit denen der Gesellschaft konform gehen, ergibt sich für das

---

[1]) Ebenso Wimpfheimer S. 306.

[2]) Markuse in LZ. 1913 und Zitelmann in ZHR. 52 S. 31; KGJ. Bd. 29A S. 100.

Mitglied kein Zwiespalt in der Erfüllung der beiderseitigen Verpflichtungen. Bei Interessenkollisionen muß aber im Verhältnis zur AG. das Interesse des Auftraggebers zurücktreten.

Der Aufsichtsrat hat durch Gesetz festgelegte Pflichten der Beratung, Verwaltung, Überwachung und Vertretung wahrzunehmen. Weitere Obliegenheiten können durch den Anstellungsvertrag oder durch die Satzung bestimmt werden. Die Satzung trifft häufig derartige Bestimmungen, so auch die, daß der Vorstand den Weisungen des Aufsichtsrats folgen muß. Es kann bestimmt werden, daß der Aufsichtsrat über alles, was geschehen soll, Beschluß zu fassen hat und der Vorstand nichts tun darf, als was der Aufsichtsrat bestimmt. Der Vorstand kann somit zu einem Schattendasein herabgedrückt und der Schwerpunkt der Gesellschaft in den Aufsichtsrat verlegt werden. Es kann ihm somit fast die ganze Geschäftsführung und tatsächlich auch fast die ganze Vertretung übertragen werden, wenn auch rechtlich der Vorstand Vertreter bleibt und mit Wirkung nach außen fast allein ist.

Über die Art und Weise, wie der Aufsichtsrat seine Tätigkeit auszuüben hat, schweigt das Handelsgesetz. Darüber entscheiden die Satzungen. Soweit die Satzungen keine Bestimmungen enthalten, greifen die Vorschriften über die Vereine, §§ 28, 32, 34 und 40 BGB., Platz[3]).

Grundsätzlich hat daher der Aufsichtsrat als Kollegium zu handeln[4]). Handelt er gegenüber der Gesellschaft pflichtwidrig, so haftet er gemäß § 249 HGB. als Gesamtschuldner mit dem Vorstand. Diese gesamtschuldnerische Haftung mit den Vorstandsmitgliedern greift natürlich nur ein, sofern diese haften. Der Aufsichtsrat haftet auch, wenn die Haftbarkeit des Vorstandes nicht vorliegt, sei es, daß der Aufsichtsrat allein tätig geworden ist, sei es, daß den Vorstand keine Schuld trifft[5]). Ebenso ist

[3]) RG. Bd. 82 S. 388; Goldschmidt S. 318; Fischer S. 246; Staub Anm. 14 zu § 246.

[4]) RG. Bd. 90 S. 208; KG. in OLGR. Bd. 12 S. 431.

[5]) Staub § 249 Anm. 2.

dem einzelnen Aufsichtsratsmitglied der Nachweis gestattet, daß es seine Pflichten erfüllt habe und infolgedessen nicht hafte. Denn die Haftung als Gesamtschuldner besagt nicht, ob die Mitglieder haften, sondern, wenn sie haften, wie sie haften. Das pflichtwidrige Mitglied haftet für den aus seinem Verhalten entstehenden Schaden.

§ 11.
Haftung gegenüber der Gesellschaft.

Das einzelne Mitglied des Aufsichtsrats kann sich in folgenden Fällen haftbar machen.

Weigert es bei einer Verpflichtung zu positivem Tun seine Mitwirkung und entsteht dadurch ein Schaden, so haftet es der Gesellschaft. Das Unterlassen steht dem Handeln gleich, falls eine Rechtspflicht zum Handeln besteht[1]). Kommen mehrere Mitglieder ihrer Handlungspflicht nicht nach und können sämtliche Mitglieder nur zusammen handeln, haben pflichtgemäß die Handlungsbereiten alles getan, um die beanstandete Passivität zu verhindern, so haften die übrigen. Weisen die danach haftenden Mitglieder teilweise oder bis auf eins nach, daß die Untätigkeit ihnen nicht als Verschulden angerechnet werden könne, so haftet das verbleibende Mitglied. Es kann sich nicht darauf berufen, daß der Schaden nicht allein und infolgedessen überhaupt nicht auf seiner pflichtwidrigen Unterlassung beruhe, weil er auch ohne diese eingetreten wäre, entweder durch das schuldhafte oder das schuldlose Verhalten der anderen Mitglieder, die gegen ihre Pflicht verstoßen haben. Es handelt sich dabei um den Fall, daß die Unterlassung verschiedener Personen, um es genau zu formulieren, zwei Unterlassungen den Schaden in der Weise bewirkt haben, daß jede ihn auch ohne die andere herbeigeführt haben würde. Es ist also nicht ausnahmslos richtig, daß die zu Ersatz verpflichtende Tatsache eine conditio sine qua non des Schadens sein müsse[2]). „Zwar ist nur derjenige Schaden zu er-

[1]) RGZ. Bd. 106 S. 285, Bd. 97 S. 12.
[2]) Enneccerus § 235 II, 2 Anm. 3.

setzen, der als eine wirkliche Folge des zum Ersatz verpflichtenden Umstandes erscheint, daß der Schaden aber ebensowenig eine notwendige Folge dieser Tatsache, als letztere die alleinige und ausschließliche Ursache des Schadens zu sein braucht[3]). Durch ein Ereignis von gleicher Tragweite, sei es ein zufällig oder durch Verschulden eines Dritten eintretender Umstand, wird der Kausalzusammenhang weder aufgehoben noch unterbrochen. Es kommt auf die zureichende, nicht auf die notwendig erscheinende Bedingung an[4]). Ein anderes Ergebnis würde auch mit der Billigkeit nicht vereinbar sein. Das gleiche gilt[5]), wenn ungewiß bleibt, welche von zwei Unterlassungen, von denen jede geeignet wär, den Schaden herbeizuführen, ihn wirklich herbeigeführt hat. Dann muß jede als Ursache gelten. Ebensowenig ist der Kausalzusammenhang dadurch unterbrochen, daß der Schaden, der durch die Handlung des in Anspruch genommenen Mitgliedes eingetreten ist, später durch andere Umstände doch eingetreten wäre. Beruhen mehrere Unterlassungen in gleichen oder verschiedenen Tatumständen und haben sie durch ihr Zusammenwirken den Schaden herbeigeführt, so sind beide kausal.

Die gleichen Grundsätze finden Anwendung, wenn dem Aufsichtsrat eine Unterlassungspflicht obliegt und Verstöße der Mitglieder dagegen zu rügen sind, oder wenn Mitglieder des Aufsichtsrats zwar ihren Pflichten nachkommen, sie aber schlecht erfüllen. In allen Fällen haften die oder der Schädiger. Einige Sondergrundsätze gelten für die Tätigkeit bei der Beschlußfassung.

Bei der Beschlußfassung entscheidet die Mehrheit der erschienenen Mitglieder. Soweit der Beauftragte bei einer einen Schaden nicht ausschließenden Stimmgabgabe überstimmt wird, tritt infolge dieses Umstandes keine Schädigung und demzufolge auch keine Ersatzpflicht ein. Andererseits kann eine Schädigung der Gesellschaft eintreten, wenn ein pflichtvergessenes Mitglied

[3]) RGZ. Bd. 13 S. 66; Siehr in GruchBeitr. Bd. 41 S. 56.

[4]) Staudinger § 249 Vorbem. III, 3a.

[5]) Enneccerus § 235 11, 2.

entgegen seiner besseren Überzeugung abstimmt, die übrigen Mitglieder aber nach bestem Gewissen und nach der gebotenen sorgfältigen Prüfung in gleichem Sinne ihre Stimme abgeben. In diesem Falle hat, wenn nicht Einstimmigkeit erforderlich ist, die Stimme des pflichtwidrig handelnden Mitglieds die Beschlußfassung nicht verursacht, es ist daher nicht schadensersatzpflichtig. Der weitergehenden Ansicht von Fürst[6]) kann daher nicht beigepflichtet werden. Denn das Mitglied haftet nur für den aus seiner Pflichtwidrigkeit entstehenden Schaden. Es muß also wenigstens eine Bedingung des Schadenseintrittes gesetzt haben. Der Beschluß beruht aber nicht auf den einzelnen Stimmen, sondern auf der Stimmenmehrheit. Ist diese Mehrheit ohne die Stimme des pflichtwidrigen Mitgliedes erreicht, so ist seine Stimmabgabe nicht Bedingung für den Schaden. Wenn dagegen seine Stimme, sei es als die die Mehrheit bewirkende, sei es als die ausschlaggebende, den Schaden verursachenden Beschluß herbeigeführt hat, so haftet es.

Es kann sich nicht darauf berufen, daß ohne die übrigen gleichlautenden Stimmen eine Schädigung nicht eingetreten wäre. Als Ursache des Schadens ist, wie schon näher ausgeführt, auch ein Ereignis anzusehen, daß ihn nur im Zusammenhang mit anderen herbeigeführt hat[7]). Das gleiche gilt für die Haftung eines jeden, wenn mehrere pflichtwidrig handeln und einen Schaden herbeiführen, sei es, daß sie die übrigen überstimmen, sei es, daß durch ihre Stimmen die Mehrheit hergestellt wird, also wenn z. B. in einem Fünferkollegium drei staatlich delegierte Aufsichtsmitglieder geschlossen stimmen. Der Aufsichtsrat kann einzelne Mitglieder zu bestimmter Tätigkeit delegieren, da sich bei ausgedehntem Betrieb nicht der ganze Aufsichtsrat um alles kümmern kann. Besondere Regeln sind dafür nicht aufzustellen. Der pflichtwidrig Handelnde haftet für den dadurch verursachten Schaden, entweder allein oder mit anderen Schädigern, besonders

---

[6]) LZ. 1912 S. 18.

[7]) RG. in Warn. 1915 Nr. 50 S. 68.

auch mit dem gesamten Aufsichtsrat, wenn dieser seiner Pflicht zur sorgfältigen Auswahl und Überwachung des zu einer bestimmten Tätigkeit ausgewählten Mitgliedes nicht nachgekommen ist, nach den entwickelten Grundsätzen. Das einzelne Aufsichtsratsmitglied kann sich der Gesellschaft gegenüber in dieser verschiedenartigen Weise haftbar machen. Es handelt sich dabei um vertragliche Ansprüche.

Der Staat kann, wenn seine Aktien ihm eine derartige Macht gewähren, seine Delegierten zu decken versuchen, indem er das diesen anbefohlene Verhalten auch durch einen Beschluß der Generalversammlung anordnen läßt. Dadurch ist die Ersatzpflicht des Aufsichtsratsmitglieds jedoch nicht in allen Fällen ausgeschlossen. Nicht gegen diese Ansicht spricht der gemäß § 249 Abs. 3 HGB. anwendbare § 241 Abs. 4 HGB. Durch diese Bestimmung wird die Ersatzpflicht den Gläubigern gegenüber nicht aus dem Grunde aufgehoben, daß die Handlung auf einem Beschluß der Generalversammlung beruht, wohl aber entfällt die Ersatzpflicht gegenüber der Gesellschaft, wenigstens im allgemeinen. Denn die Gesetzesbestimmung rechtfertigt nicht den Umkehrschluß, daß jeder Beschluß der Generalversammlung der Gesellschaft gegenüber befreit. Es ist nur bestimmt, daß in gewissen Fällen, in denen der Haftungsanspruch der Gesellschaft durch den Beschluß ausgeschlossen ist, dieser Umstand nicht gegenüber den Gläubigern wirksam ist. Der Aufsichtsrat kann sich nicht auf einen Beschluß berufen, der gegen zwingende unverzichtbare Rechtsvorschriften verstößt und nichtig, nicht nur anfechtbar ist. Diesen Beschluß darf er nicht ausführen[8]). Was das Gesetz in zwingender Weise verbietet, kann auch durch einen Beschluß der Generalversammlung dem Aufsichtsrat nicht auferlegt werden. Überall da, wo es keiner Anfechtung bedarf, entfällt die Vollzugspflicht. Derartigen Beschlüssen darf der Aufsichtsrat darum nicht nachkommen. Wenn der Beschluß durch

---

[8]) Goldschmidt S. 363; Staub § 241 Anm. 4; Staub-Hachenburg § 43 Anm. 5; § 45 Anm. 41. Vgl. auch LZ. 1917 S. 659, 10.

seinen Inhalt, Beweggrund und Zweck gegen die guten Sitten verstößt und deshalb nichtig ist, kann der Aufsichtsrat sich trotzdem darauf berufen, weil diese Möglichkeit nicht offen zutage tritt[9]).

Ein Verzicht der Gesellschaft auf ihre Ansprüche ist auch nicht durch eine vom Staat als Hauptaktionär leicht zu erreichende einfache Mehrheit möglich, da nach § 268 HGB. die Ersatzansprüche geltend gemacht werden müssen, wenn dieses Verlangen von einer Minderheit gestellt wird, deren Anteil wenigstens ein Zehntel des Grundkapitals erreicht.

Weitere Ansprüche kann die Gesellschaft gegen den Aufsichtsrat als solchen nicht geltend machen, ihre Rechte sind im § 249 HGB. ausschließlich geregelt[10]).

§ 12.

Die Haftung gegenüber Gläubigern und sonstigen Dritten.

Der Beamte kann sich ferner den Gläubigern der Gesellschaft gegenüber schadensersatzpflichtig machen, wenn es sich um eine der im § 241 Abs. 3 Nr. 1—6 HGB. bezeichneten Handlungen handelt, gegen die er trotz Kenntnis dieser Maßnahmen nicht eingeschritten ist (§ 249 HGB.). Voraussetzung des Anspruchs der Gläubiger ist, daß die Gesellschaft die Gläubiger nicht befriedigen kann und selbst einen Anspruch gegen den Schädiger hat. Beruht jedoch das schädigende Ereignis auf einem Beschluß der Generalversammlung, so ist ein Klagerecht der Gesellschaft nicht gegeben, die Ersatzpflicht gegenüber den Gläubigern wird dadurch jedoch nicht beseitigt. Ebensowenig ist ein Verzicht der Gesellschaft für die Gläubiger bindend, oder ein Vergleich, der teilweise auf die Rechte der Gesellschaft Verzicht leistet[1]).

---

[9]) Vgl. dazu: RGZ. Bd. 107 S. 202; Bd. 115 S. 296; Bd. 113 S. 16 und 193; Bd. 112 S. 16; Bd. 68 S. 148; Bd. 63 S. 350.

[10]) Staub § 241, 3.

[1]) Lehmann-Ring § 241 Anm. 8.

Das Klagerecht steht allen geschädigten Gläubigern zu, auch denen, die ihre Forderung erst nach dem schädigenden Ereignis erworben haben [2]). Kannte der Gläubiger aber in diesem Zeitpunkte die schädigende Handlung, so steht ihm kein Anspruch zu. Denn er verfolgt den Anspruch im Sonderinteresse und begehrt Zahlung an sich. Einreden aus seiner Person können ihm daher entgegengesetzt werden. In dem Erwerb trotz Kenntnis der Pflichtwidrigkeit liegt aber ein Verzicht auf den Anspruch [3]). Der Höhe nach geht die Forderung des Gläubigers nur auf Auszahlung des Gesellschaftschadens, nicht auf Erstattung etwaigen weiteren, den Gläubigern entstandenen Schadens [4]). In Höhe der nicht befriedigten Forderungen haben die Gesellschaft und die Gläubiger ein aus gleichem Rechtsgrund erwachsenes konkurrierendes Recht. Daher besteht zwischen ihnen Gesamtgläubigerschaft gemäß § 428 BGB. [5]). Das haftende Aufsichtsratsmitglied kann mit befreiender Wirkung an jeden Gläubiger oder an die Gesellschaft zahlen. Aus der in den §§ 241, 249 HGB. fest umgrenzten Haftung gegenüber den Gläubigern ist zu folgern, daß das haftende Mitglied auch den Gläubigern aus handelsrechtlichen Bestimmungen nicht haftet, wenn nicht einer der hervorgehobenen Fälle vorliegt [6]). Ein pflichtwidriges Mitglied steht zu den Aktionären, Gläubigern oder sonstigen Dritten in keinem vertraglichen Verhältnis [7]). Daher können, abgesehen von der in den §§ 241, 249 getroffenen Sonderregelung, diese Personen aus der Schädigung des Gesellschaftsvermögens keine Rechte herleiten [8]). Wegen des Schadens, den sie durch eine die Gesellschaft schädigende Handlung erleiden, können sie Ansprüche daher nur auf eine außerkontraktliche Haftung des Täters stützen. Die Haftung aus

[2]) RGZ. Bd. 19 S. 111.

[3]) RG. Bd. 22 S. 137, Bd. 19, S. 118; Staub § 241 Anm. 13; Goldschmidt S. 314.

[4]) Staub § 241 Anm. 20; Goldschmidt S. 364.

[5]) Staub § 241 Anm. 14; Goldschmidt S. 394; RG. Bd. 74 S. 429.

[6]) Staub § 241 Anm. 20.

[7]) RG. Bd. 28 S. 72; OLGR. Bd. 11 S. 309.

[8]) RG. Bd. 73 S. 30, Bd. 63 S. 326.

unerlaubter Handlung setzt voraus, daß die gegen die Gesellschaft begangene Pflichtwidrigkeit zugleich in die Rechtssphäre des Dritten eingreift. Dieser Eingriff muß von der Rechtsordnung für widerrechtlich erklärt sein, da eine allgemeine Rechtspflicht, fremdes Eigentum und Vermögen vor Verletzung zu bewahren, nicht besteht. Endlich muß der zugefügte Schaden auch mit dem schädigenden Ereignis im adäquaten Kausalzusammenhange stehen. In Frage kommt, da es sich nicht um eine Verletzung eines der im § 823, 1 BGB. bezeichneten Rechtsgüter handelt, eine Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB., wenn nämlich der Geschädigte, der sich auf den § 823 Abs. 2 BGB. berufen will, zu den Personen gehört, zu deren Schutz das betreffende Gesetz erlassen ist.

Ein derartiges Schutzgesetz zugunsten Dritter ist nicht in den §§ 241, 249 HGB. zu sehen.[9])

Nur der, dessen Schutz bezweckt ist, ist der andere im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB. Ob eine Rechtsnorm ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz ist, ist aus dem in Frage kommenden Gesetz selbst und seinem Inhalt, insbesondere auch aus den Verhältnissen, die es regeln will, und den Zielen, die es verfolgt, zu entnehmen. Daraus bestimmt es sich, welche Personen und welche Kreise geschützt werden sollen. Durch die Bestimmung der §§ 249, 241 HGB. sollten lediglich die AG. und in gewisser Weise die Gläubiger geschützt werden. Bestimmungen über Beziehungen dritter Personen zur Gesellschaft oder zu ihren Organen sind dadurch nicht getroffen. Derartige Bestimmungen lagen völlig außerhalb des gesetzlichen Rahmens. Insofern Beziehungen Dritter zur Gesellschaft oder den Organen erwachsen, wurzeln sie in Umständen und Verhältnissen, die mit dem besonderen Recht der AG. nichts zu tun haben und ihre Regelung beruht daher auch nicht in dem diese betreffenden Gesetz, sondern in den allgemeinen Gesetzesbestimmungen. Namentlich bestehen die den Organen der Gesellschaft auferlegten Pflichten nur gegenüber der Gesellschaft und nicht Dritten gegenüber.

---

[9]) RG. Bd. 73 S. 30, Bd. 63 S. 326.

Die Bestimmungen, daß die Organe bei Verletzung ihrer Pflicht der Gesellschaft Schadensersatz leisten müssen, wäre überflüssig, wenn diese Bestimmungen Schutzgesetze zugunsten Dritter wären. Hätte jeder Dritte schon nach § 823 Abs. 2 BGB. einen Schadensersatzanspruch, so bedurfte es nicht noch der besonderen Hervorhebung, daß demjenigen, dem gegenüber die Pflicht zu erfüllen ist, ein Schadensersatz aus der Nichterfüllung zusteht. Die Verletzung ist nach § 312 HGB. unter Strafe gestellt. Aber nicht jedes Strafgesetz hat den Zweck, jeden zu schützen. Auch die Strafgesetze verfolgen, obwohl öffentliches Recht, in großer Zahl nicht sowohl den Zweck, jedem Schutz zu gewähren, als vielmehr den, bestimmte einzelne Personen oder Kreise zu schützen. Auch bei strafrechtlichem Gesetzesschutz ist daher stets zu prüfen, welche Interessen durch das gebotene oder verbotene Tun oder Unterlassen berührt werden und einen Schutz erhalten sollen. Die Verletzung der §§ 241, 249 HGB. ist im § 312 HGB. nur unter Strafe gestellt, um diesen Geboten den erforderlichen Nachdruck zu verleihen und das Interesse der Gesellschaft, in beschränktem Maße auch das der Gläubiger zu schützen.

Ein Anspruch eines jeden gegen den Beamten-Aufsichtsrat ist aber aus § 823 Abs. 2 BGB. gegeben, wenn die Voraussetzungen des § 314 HGB. vorliegen. Dort ist bestimmt, daß die Gesellschaftsorgane, die wissentlich den Stand der Verhältnisse der Gesellschaft unwahr darstellen oder verschleiern, bestraft werden. Der Zweck dieser Bestimmung ist, daß der Stand der Verhältnisse des Unternehmens in allen wesentlichen Beziehungen richtig und zuverlässig beurteilt werden kann, nicht nur von Aktieninhabern, sondern auch von Gläubigern und solchen Dritten, die zur Aktiengesellschaft in rechtliche Beziehungen treten wollen.[10]) Diese Schutzbestimmung ist daher im Interesse der Allgemeinheit erlassen und ein Verstoß dagegen begründet eine zivilrechtliche Haftung des Aufsichtsratsmitgliedes gegenüber den Geschädigten.

Ein Haftungsgrund ist schließlich aus § 826 HGB. gegeben, wenn durch das pflichtwidrige Verhalten des Beamten als

[10]) RG. Bd. 81 S. 271, Bd. 45 S. 213.

Aufsichtsratmitglied einem Dritten in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zugefügt wird.[11])

In diesen Fällen, in denen der Aufsichtsrat sowohl der Gesellschaft haftet als auch Dritten aus § 823 Abs. 2 BGB., § 314 HGB. und § 826 BGB., tritt eine Doppelhaftung ein. Staub[12]) führt aus, daß in Fällen, in denen die Gesellschaft befriedigt worden ist, die Ansprüche der Aktionäre erledigt seien, da ihr Schaden damit wegfalle. Er schränkt den Satz zwar dahin ein, daß dieses nur insoweit Geltung habe, als der Schaden wirklich beseitigt sei. Er meint aber auch, die Haftung gegenüber dem Aktionär trete ein, nachdem dieser den Verhafteten vergeblich aufgefordert habe, den früheren Zustand durch Ersatz des Schadens an die Gesellschaft wieder herzustellen. Diese Ausführungen verwischen den Unterschied zwischen dem der Gesellschaft und den Aktionären entstandenen Schaden. Der Aktionär klagt aus eigenem Recht wegen des Schadens, den er erleidet. Wenn der Schaden der Gesellschaft wegfällt, fällt noch nicht der Schaden des Aktionärs fort. Soweit durch den Fortfall des Gesellschaftsschadens auch der Aktionär keinen Schaden mehr hat, berührt dieser Umstand nicht den Grund, sondern nur die Höhe des Schadens.

§ 13.

Schadloshaltung und Regreßansprüche des Beamten.

Empfehlenswert wäre der Abschluß eines Vertrages zwischen dem Staat und dem Beamten des Inhalts, daß letzterer die Vergütung, die mit dem Aufsichtsratsposten verbunden sein kann, an den Staat abführt; daß andererseits der Staat den Beamten versichert gegen alle Ansprüche, die aus seiner Stellung als Aufsichtsrat gegen ihn geltend gemacht werden, oder aber sich verpflichtet, ihn für alle Ansprüche schadlos zu halten. Eine

---

[11]) RG. in LZ. 1908 S. 448 Nr. 23, S. 449 Nr. 24.

[12]) § 241 Anm. 29.

großzügige Auslegung und Handhabung dieser Vereinbarung wäre im Interesse des Beamten am Platze.

Abgesehen davon ist der Beamte wegen der Schadensersatzansprüche, denen er in seiner Stellung als Aufsichtsrat durch die Befolgung der staatlichen Weisungen ausgesetzt ist, berechtigt, Ersatz vom Staate zu verlangen.

Gegenüber dem Staat übt der Beamte in dieser Eigenschaft die Stellung als Aufsichtsrat auf Grund eines Dienstbefehls aus und seine Tätigkeit beruht auf Dienstbefehlen. Diese Dienstbefehle sind Verwaltungsakte der vorgesetzten Behörde an den Untergebenen.

Die Dienstbefehle sind mit den sonstigen Verwaltungsakten nahe verwandt, aber doch in wesentlichen Punkten von ihnen verschieden.[1]) Auch Kormann[2]) betont ihre Sonderstellung und hat ihre Unterschiede gegenüber den äußeren Verwaltungsakten nicht verkannt. Er hat aber, von Streiflichtern abgesehen, in seinem System, das auf den äußeren Verwaltungsakten aufgebaut ist, ihre gesonderte Betrachtung unterlassen. Diese Sonderstellung beruht auf der Vereinigung der Eigenschaften als interner Verwaltungsakt und als Befehl.

Voraussetzung für die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes und die Möglichkeit, Rechte daraus herzuleiten, ist seine Rechtmäßigkeit.[3]) Der Akt, der nicht rechtmäßig ist, ist ungültig und unwirksam. Die Mangelhaftigkeit des Dienstbefehls ist offensichtlich im Falle der absoluten Nichtigkeit. Eine absolute Nichtigkeit liegt aber nur vor, wenn die Stelle, von der der Verwaltungsakt ausgeht, keine Behörde ist oder Maßregeln dieser Art überhaupt nicht im Bereich ihrer Zuständigkeit liegen.[4]) Im übrigen bezeugt ein Dienstbefehl dadurch, daß er erlassen ist, daß die Voraussetzungen seiner Rechtmäßigkeit gegeben

---

[1]) O. Mayer Bd. 1 S. 101 III.

[2]) S. 308 u. 62.

[3]) O. Mayer Bd. 1 S. 95.

[4]) O. Mayer Bd. 1 S. 95; Laband S. 296 N. 1; Jellinek, Staatsakt S. 44ff.

sind.[5]) Er besteht aus eigener Kraft, aus sich selbst heraus, und entlehnt nicht gleich dem privaten Rechtsgeschäft seine Kraft dem Gesetz.[6]) Er besteht also zunächst zu Recht und ist rechtswirksam.[7]) Die Fehlerhaftigkeit eines auf sonstige Weise rechtswidrigen Dienstbefehls wird erst von Bedeutung, wenn der Dienstbefehl an eine zur Nachprüfung oder Geltendmachung der Mangelhaftigkeit zuständige Stelle gelangt. Um Irrtümern vorzubeugen, sei erwähnt, daß diese Möglichkeit der Kontrolle nicht mit einer Anfechtung durch den Betroffenen verwechselt werden darf. Von einem Anfechtungsrecht zu reden ist nur bei formellen Rechtsmitteln gestattet. Diese sind aber bei Dienstbefehlen grundsätzlich ausgeschlossen.[8]) Streng genommen handelt es sich von seiten des Unterbeamten nicht einmal um eine Vernichtbarkeit, sondern lediglich um die Befugnis und Möglichkeit einer Ignorierung des Dienstbefehls. In welchem Maße der Beamte als Aufsichtsrat gegenüber Anordnungen des Vorgesetzten zur Nachprüfung berechtigt ist, ist bei der Erörterung der Frage behandelt, inwieweit er Dienstbefehlen Folge leisten müsse. Dort ist dargetan, daß und aus welchen Gründen er den Dienstbefehlen die Beachtung versagen kann, als seien sie nicht erlassen.

Allein entscheidend ist das Verhalten des Beamten. Er kann die Fehlerhaftigkeit geltend machen.[9]) Er kann den Dienstbefehl aber auch bestehen lassen. Solange der zur Prüfung Berechtigte die Rechtswidrigkeit des Befehls nicht geltend macht, behält der Befehl ihm gegenüber seine bindende Kraft.[10]) Er bestimmt zunächst, was er tun soll. Aber er wirkt auch für ihn. Die bindende Kraft ist zweiseitig. Der Dienstbefehl begründet, solange er besteht, die rechtliche Gebundenheit des

---

[5]) O. Mayer Bd. 2 S. 184, Bd. 1 S. 95, Bd. 1 S. 253.

[6]) Kormann S. 218 Anm. 4.

[7]) O. Mayer Bd. 1 S. 95; Jellinek, Staatsakt S. 46; Hatschek S. 10.

[8]) Kormann S. 308.

[9]) Vgl. Hatschek S. 94; O. Mayer Bd. 1 S. 95.

[10]) O. Mayer Bd. 1 S. 96 u. 76; Jellinek, Staatsakt S. 46.

Staates. Die weiteren Akte der erlassenden Behörde müssen aufbauen auf dem so geschaffenen Zustand.[11]) Gerade bei den mangelhaften Verwaltungsakten gewinnt dieser Grundsatz der doppelseitigen Verbindlichkeit erhöhte Bedeutung.

Wenn daher der Beamte die Fehlerhaftigkeit nicht geltend macht, sondern den Weisungen gehorcht, gehorcht er einem für ihn gültigen Befehl und übt dem Staat gegenüber eine dienstliche Tätigkeit aus.

Die aus dieser Tätigkeit erwachsenden Ansprüche gehören, auch wenn sie vermögensrechtlicher Natur sind, nicht dem Privatrecht an. Dem steht nicht entgegen, daß sie auf Geldleistungen gerichtet oder im Rechtsweg verfolgbar sind. Entscheidend ist, daß sie sich herleiten aus der dem öffentlichen Recht angehörenden Beamtenstellung.[12])

Gegenüber dem Staat handelt es sich bei diesen Ansprüchen um Aufwendungen, die der Beamte in Ausführung des Dienstes gemacht hat. Um Aufwendungen handelt es sich auch, selbst wenn man die Ansicht vertreten sollte, daß sie nicht in Ausführung der dienstlichen Verrichtungen entstanden sind. Sie sind durch die Ausführung der Dienstbefehle bedingte, untrennbare, notwendige Aufwendungen, und auch diese sind, selbst wenn nicht auf Grund ausdrücklicher Gesetzesbestimmung, zu ersetzen. Die Ersatzpflicht beruht auf dem dem § 670 BGB. innewohnenden Rechtsgedanken.

Kormann[13]) bejaht in heute allgemein überholter Anschauung die grundsätzliche Zulässigkeit analoger Anwendung privatrechtlicher Sätze im öffentlichen Recht.

Der Widerspruch O. Mayers[14]) ist berechtigt, soweit er sich gegen eine jetzt veraltete Rechtsprechung wendet, die an-

---

[11]) O. Mayer Bd. 1 S. 96 u. 76; Jellinek, Staatsakt S. 46; Kormann S. 199 u. 200.

[12]) Laband Bd. 1 S. 513; Meyer-Anschütz S. 619; O. Mayer Bd. 2 S. 356; RGZ. Bd. 108 S. 118, Bd. 107 S. 189, Bd. 68 S. 218, Bd. 53 S. 429.

[13]) S. 9, 17, 218 ff.

[14]) Bd. 1 S. 117, Bd. 2 S. 212 u. 214.

genommen hatte, das Staatsverhältnis sei zwar öffentlichrechtlicher Natur, aber bringe nicht nur für den Beamten, sondern auch für den Staat privatrechtliche Wirkungen hervor, sei insoweit also quasikontraktlicher Natur. Schon Laband[15]) warnt vor der Auffassung, daß durch Zuweisung einer mit einer Vermögensverwaltung verbundenen amtlichen Beschäftigung ein Quasimandat erteilt werde und daß demgemäß der Beamte teils in einem öffentlichrechtlichen, teils in einem privatrechtlichen Verhältnisse zu dem Staate stehe. Die neuere Rechtsprechung des Reichsgerichts hat gleichfalls die entsprechende Anwendung bürgerlichrechtlicher Vorschriften abgelehnt.[16]) Sie hat aber andererseits, wohl fußend auf der, wenn auch nicht neuen, so doch erst jetzt zur Geltung durchgedrungenen Anschauung, daß öffentliches und privates Recht auf einem gleichartigen, allgemeinen Teil bauen,[17]) daraus Folgerungen für die Rechtsprechung gezogen. Soweit bürgerlichrechtliche Vorschriften einen allgemeinen Rechtsgedanken ausdrücken, der auch für das öffentliche Recht gilt, kann dieser zur Ausfüllung einer Lücke im positiven öffentlichen Recht als dessen eigener Bestandteil angewendet werden. Diese Rechtsprechung ist namentlich ausgebildet worden an den §§ 618[18]), 844 und 162[19]) BGB.

Demnach ergibt sich aus dem Grundsatz des § 670 BGB., daß Aufwendungen, die sich als notwendige Folge der Ausführung von Dienstbefehlen darstellen, denen gleichstehen müssen, die in Ausführung des Dienstes gemacht sind.[20])

Jedenfalls aber muß die Ersatzpflicht des Staates auf Grund besonderer Zusicherung angenommen werden. Es ist durchaus zulässig, daß im Rahmen des öffentlichen Dienstes besondere

---

[15]) Bd. 1 S. 473.

[16]) RGZ. Bd. 107 S. 389.

[17]) Statt aller Friedrichs.

[18]) RGZ. Bd. 111 S. 22 u. 182; Bd. 107 S. 189; Bd. 104 S. 58 u. 77.

[19]) RG. in JurR. 1925 S. 730 Nr. 1042.

[20]) RGZ. Bd. 95 S. 53, Bd. 75 S. 212; Enneccerus Bd. 1 S. 475; Staudinger, Oertmann zu § 670 BGB.

Zusicherungen gegeben werden.[21]) Derartige Zusicherungen erwähnt z. B. auch § 6 des Gesetzes vom 24. 5. 1861.

Die Zusicherung kann auch durch konkludente Handlungen erfolgen. Auch im Gebiete des öffentlichen Rechts sind solche Handlungen rechtserheblich.[22]).

Nach § 2 des Ges. vom 24. 5. 1861, das durch Art. 80 EG. BGB. aufrechterhalten ist, muß der Beamte zunächst seine Ansprüche im Verwaltungswege geltend machen. Das Gesetz ist nicht durch Art. 129 Abs. 1 Satz 4 RV. aufgehoben, da dieser nach Entstehungsgeschichte, Zusammenhang und Fassung die Anordnung eines Vorbescheids keineswegs ausschließt. Erreicht der Beamte dabei keine Befriedigung, so steht ihm gemäß Art. 129 Abs. 1 Satz 4 RV., Art. 79 Abs. 2 PrV. zur Verfolgung dieser Ansprüche der Rechtsweg offen.[23])

---

[21]) RG. in JW. 1913 S. 106; RG. in JurR. 1925 S. 489.

[22]) Kormann S. 176 nebst Verweisungen; Laband Bd. 1 S. 452; RG. in DJZ. 1912 S. 635; JW. 1913 S. 106; PrVerwBl. Bd. 26 S. 236; OVG. in PrVerwBl. Bd. 24 S. 22.

[23]) RGZ. Bd. 108 S. 171

Literatur.

Arndt, Reichsbeamtengesetz. 3. Aufl. 1923.

Brand, Reichsbeamtengesetz. 1902. (Brand, Beamtengesetz.)

— Das Beamtenrecht. (Brand.)

Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil und Schuldverhältnisse. 15.—17. Aufl. 1921/22.

Erythropel-König, Die preußischen Besoldungsgesetze.

Fischer, Die Aktiengesellschaft. In Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts. (Fischer.)

Fleiner, Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht.

Friedrichs, Der allgemeine Teil des Rechts.

Fürst, Haftung des Aufsichtsrats und Haftung seiner Mitglieder. In LeipzZ. 1912.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch. 1901.

Goldschmit, Aufsichtsrat kraft Auftrags. In Zeitschrift für Gesellschaftswesen 1924.

— Das Recht des Aufsichtsrats. 1923. (Goldschmit.)

Hatschek, Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts 2. Aufl. 1922. (Hatschek.)

— Deutsches und preußisches Staatsrecht. 1922. (Hatschek, Staatsrecht.)

Hausmann, Grundlagen des Rechts der Unternehmungszusammenfassungen. 1926.

Heilborn, Die Pflicht des preußischen und Reichsbeamten zur Befolgung rechtswidriger Dienstbefehle. In Festschrift für Gierke, 1911.

Jacusiel, Abgestuftes Stimmrecht der Aufsichtsratsmitglieder. In LeipzZ. 1924.

G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre. 3. Aufl. 1921. (Staatslehre.)

— System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. Aufl. 1905. (System.)

— Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen. 1908. (Staatsakt.)

— Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. 1913. (Gesetz.)

Junk, Über Delegationen in den Aufsichtsrat. In LeipzZ. 1924.

Klüber, Die Grundsätze des Beamtenrechts in der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts. In VerwArch. 31.

Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte.
Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. 5. Aufl. 1911.
Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch. 1914.
Liebmann, Interessenkollusionen bei Mitgliedern des Aufsichtsrats. In ZDNV. 1923.
Liste, Die Gehorsamspflicht des Beamten. 1909.
Makower, Das Handelsgesetzbuch. 1904.
M. E. Mayer, Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten.
O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht.
G. Meyer-Anschütz, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. 7. Aufl. 1919.
G. Meyer-Dachow, Lehrbuch des Verwaltungsrechts. 3. Aufl. 1910.
Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht. 1921.
Passow, Die gemischtprivaten und öffentlichen Unternehmungen. 1923.
Schulze-Simons, Rechtsprechung des Reichsdisziplinarhofs. 1926.
Staub-Hachenburg, Kommentar zum G.m.b.H.-Gesetz. (Staub-Hachenburg.)
Staub-Pinner, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 12./13. Aufl. (Staub.)
Stelling, Preußische unmittelbare Staatsbeamte als Aufsichtsräte von Aktiengesellschaften. In DJZ. 1925.
Stier-Somlo, Der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft. 1905—1926.
Stier-Somlo-Elster, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. Bd. I. (Stier-Somlo, HWB.)
Vogels, Verhältnis von Haupt- und Nebenamt nach preußischem und Reichsstaatsrecht. In VerwArch. 1921/22.
— Das Verbot von Nebenämtern und Nebenbeschäftigungen von Beamten nach preußischem und Reichsrecht. In ArchÖffR. 29.
— Die Verpflichtung zur Übernahme von Nebenämtern nach preußischem und Reichsrecht. In ArchÖffR. 34.
— Der Kommunalbeamtenbegriff. In VerwArch. 31.
Wimpfheimer, Beamte als Aufsichtsräte. In Festschrift für Heinitz, 1926.
Wolfstieg, Das Reichsbeamtenrecht. 1921.
Zorn, Deutsches Staatsrecht. 1895/97.

Die Werke sind mit den Namen der Verfasser, bei mehreren Werken desselben Verfassers mit dem eingeklammerten Zusatz zitiert.

Verzeichnis der Kürzungen.

ArchÖffR.	Archiv für öffentliches Recht.
DJZ.	Deutsche Juristenzeitung.
JW.	Juristische Wochenschrift.
JurR.	Juristische Rundschau, Zeitschrift für praktische Rechtskunde.
KGJ.	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts.
LZ.	Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
OLGR.	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.

OVG.	Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts.
PAAG.	Personalabbau-Abwicklungsgesetz.
PAV.	Personalabbau-Verordnung.
PrV.	Preußische Verfassung.
PrVerwBl.	Preußisches Verwaltungsblatt.
RBG.	Reichsbeamtengesetz.
Recht	Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.
RGStr.	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
RGZ.	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RV.	Reichsverfassung.
VerwArch.	Verwaltungsarchiv.
Warn.	Warneyer, Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts.
ZHR.	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.
ZDNV.	Zeitschrift des Deutschen Notarvereins.